



EN TORNO AL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO DEL DERECHO *

Arthur Kaufmann

I. NUEVO MÉTODO DE RAZONAR

En las Jornadas Universitarias Berlinesas de 1962, Armin Kaufmann pronunció una conferencia titulada "Problemas del conocimiento jurídico científico según el modo del Derecho Penal"¹. Expuso allí de pasada, para mejor formularlos cinco años después al revisar la conferencia, algunos juicios de gran clarividencia según se comprobaría con posterioridad.

Lo que quiso principalmente A. Kaufmann fue exponer esta tesis que había sido ya formulada por su maestro Hans Welzel: que en el plano axiológico no es posible llegar a conclusiones seguras respecto a contenidos jurídicos concretos en tanto en cuanto existan previamente, en el plano ontológico, "estructuras lógicas materiales" (*sachlogische Strukturen*) que podamos conocer con certeza mediante la experiencia. De cuán extraño resulta a nuestros ojos este modo de ver las cosas, tenemos buena prueba en el ejemplo que A. Kaufman eligió para ilustrar su pensamiento: la estructura lógica objetiva de la culpabilidad. Siendo ésta, según se la en-

* Traducción de José Zafra Valverde.

1. Trabajo incluido en su libro *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert* (colección de artículos y conferencias), 1982, pp. 7 y ss.

tiende, la condición de aquel sujeto que pudo conocer el carácter antijurídico de su conducta y actuó desde este conocimiento, ¿quién tendría el valor de aseverar que la estructura de la culpabilidad es algo así como una radiografía extraída de la persona por vía empírica, y que el Derecho Penal ha de atenerse a ella?².

Sucede hoy que, no solamente carecemos de certeza respecto a la "estructura" de la culpabilidad, sino que, en general, no estamos ya dispuestos a aceptar el esquema dualístico Axiología-Ontología. Sea cual sea la postura que se adopte en la discusión acerca de lo "ontológico" en el Derecho, lo que está completamente claro es que éste nada tiene que ver, al menos esencialmente, con lo "ontológico-substancial", "lógico material" o "cósico". Casi todos los razonamientos de A. Kaufman se fundan en el modelo sujeto-objeto, que, si incluso en el campo de las Ciencias físicas ha perdido su validez incuestionable, en las Ciencias del espíritu es radicalmente erróneo. Quien pretende conocer el "Derecho justo" —sea éste lo que sea— de igual modo que se conoce, p. ej., un árbol, ha errado ya el tiro en el momento de apuntar.

Sobre ese aspecto de la conferencia nada más hay que decir; pero A. Kaufman nos ofrece algunas importantes aportaciones que trascienden a su propia concepción fundamental. Hemos de darle completamente la razón cuando nos dice que la teoría positivista del conocimiento jurídico —que está, por cierto, estrictamente vinculada al esquema sujeto-objeto— no puede ser correcta, por cuanto el Derecho positivo necesita ser interpretado. "Interpretar —escribe—... significa ir más allá de lo estatuido positivamente, reflexionando según criterios de rectitud que no se pueden extraer del propio Derecho positivo. Toda interpretación que se haga del Derecho positivo significa formarse idea sobre una parte del Derecho justo"³.

2. KAUFMANN, A., ob. cit., p. 19.

3. *Ibid.*, p. 11.

Si en el texto original de la conferencia no se ahonda sobre este asunto, salvo decir que el "Derecho justo" no puede ser determinado de un modo concluyente en su contenido concreto⁴, en la redacción de 1967 podemos leer este añadido: "Tal vez debamos buscar otro modo de raciocinio que sea más adecuado para la Ciencia jurídica, sobre todo en cuanto actividad valorativa. Es muy posible que, en lugar de buscar demostraciones concluyentes, debamos contentarnos con alcanzar un *criterio de plausibilidad*, corriendo el riesgo de que dos contenidos jurídicos nos parezcan igualmente plausibles y se excluyan mutuamente. Cabe pensar que nos convenga, haciendo más de lo que se hace hasta ahora, rechazar de plano como injusta esta o aquella disposición con arreglo a criterios positivos o negativos. Tal modo negativo de proceder parece *prima facie* más asequible"⁵.

II. CERTEZAS NEGATIVAS Y POSITIVAS

Esto es marcar, a mi juicio, una buena dirección. Vamos a comenzar por lo último. Es antigua la idea de que, en muchas ocasiones, nos es más fácil decir lo que una cosa no es, que lo que es; que, con frecuencia, no podemos advenir, sino tan sólo probar la falsedad. Esto ha sido desde siempre lo propio de la "filosofía negativa"; y en la Ciencia jurídica desempeña un gran papel. Sucede así que no podemos decir con suficiente precisión si tal cosa o tal otra es absolutamente injusta —y por tanto "no-Derecho", según la conocida fórmula de Radbruch— sin a la vez determinar lo que es Derecho justo con la misma exactitud. Es lo que ocurre, p. ej., con el § 138 del BGB, que exige sólo determinar indubitavelmente qué cosas son contrarias a las buenas costumbres:

4. *Ibid.*, p. 12.

5. *Ibid.*, p. 16.

porque si nos exigiese determinar lo que se ajusta indiscutiblemente a ellas, nos pondría en un aprieto fastidioso.

A tenor del *racionalismo crítico* de Karl S. Popper y sus discípulos, jamás nos es posible con nuestros argumentos y comprobaciones demostrar la certeza concluyente e irresistible de una proposición: porque cualquier argumentación positiva ha de basarse en la inducción, y la inducción no es un método científico. Ni siquiera las leyes de la Naturaleza, que las Ciencias competentes nos proponen, son en rigor verificables, porque siempre necesitaremos más y más observaciones destinadas a corroborarlas. En cambio, podemos en gran medida desacreditar proposiciones y refutar teorías al contrastarlas con los hechos⁶. Resuena aquí la idea de Charles S. Peirce cuando dijo que, si al cabo de mucho tiempo –*in the long run*– no podemos demostrar la falsedad de una proposición, hipótesis, teoría o lo que sea, podemos con razón darla por verdadera, porque nuestros errores desaparecerán a la larga.

Ahora bien, por importante y valioso que sea el método de falsación en la Ciencia, es imposible darse por satisfecho con él. Y ciertamente Armin Kaufmann no hizo esto en absoluto. La Ciencia práctica tiene por cometido, no solamente desautorizar, sino también *fundamentar* y, en consecuencia, *argumentar en sentido positivo*. Y preguntémonos ahora: ¿cómo lo haremos buscando por lo menos una conformidad intersubjetiva? ¿Podremos renunciar, como pretende Popper, a la inducción y la experiencia?

III. APLICAR EL DERECHO ES DESCUBRIRLO

La *Hermenéutica Jurídica*, como saber concerniente a las condiciones trascendentales para hallar el sentido de los textos

6. POPPER, K. S., *Logik der Forschung*, 7ª edic., 1982, pp. 7 y ss., 14 y ss.

escritos, ha conseguido poner en claro una cosa que por otros caminos se había ya elucidado: que el instrumento decisivo en el método jurídico no consiste en la subsunción, sino en operaciones de retórica y argumentación; que descubrir el Derecho es ante todo y sobre todo *argumentar correctamente en un sistema abierto*. Y desde aquí alcanzamos a ver que, en teoría, y contra lo que ciertos tratadistas han venido creyendo hasta el presente, la cantidad de los posibles argumentos es ilimitada. No existen solamente los cuatro cánones de Savigny, sino además otros criterios como atención al resultado, equidad, seguridad jurídica, intereses individuales y supraindividuales, génesis de las normas, principios generales, conformidad con la Constitución, practicabilidad, naturaleza de las cosas, etc. ¿Cómo hemos de arreglárnoslas en medio de todo esto, máxime cuando no hay una clara relación racional de jerarquía entre las vías argumentales? Sin empacho, Karl Engisch reconoce que la práctica de los jueces consiste en "escoger caso por caso aquellos métodos de interpretación que lleven a un resultado satisfactorio"⁷. O sea, que quien decide sobre el valor y el rango de un recurso interpretativo o modo de argumentar es... ¡el propio intérprete!

No faltará quien se subleve ante este juicio: porque sigue apegado al esquema sujeto-objeto, y considera que el primero jamás debe influir sobre el segundo al conocerlo. Pero ocurre que es exactamente en las Ciencias hermenéuticas –y sin duda la jurídica lo es– donde ese esquema carece de validez. Comprender el sentido del lenguaje no consiste únicamente en un proceso receptivo, pues implica ante todo un entenderse a sí mismo el sujeto cognoscente. Tan sólo en cuanto éste se enfrente con el texto provisto de un "prejuicio" (Hans-Georg Gadamer⁸) o "noción

7. ENGISCH, K., *Einführung in das juristische Denken*, 8ª edic., 1983, p. 82.

8. GADAMER, H. G., *Wahrheit und Methode*, 5ª edic., 1986, pp. 270 y ss.

previa" (Josef Esser⁹), pensando, p. ej., "esto podría ser un caso grave de robo", sólo entonces hará que el texto hable. Sólo cuando, asistido por una tradición, sepa orientarse en el horizonte del conocer, será capaz de fundar sobre argumentos, cerrando de este modo el "círculo hermenéutico"¹⁰, la conclusión "provisional" a que llegara anticipadamente. Pretender que en el conocimiento científico comprensivo la racionalidad actúe separada de la persona que conoce, es un intento condenado a fracasar¹¹.

Mirado así, el Derecho, a diferencia de la ley, no es un dato o un estado de cosas, sino un *acto*; y no puede, en consecuencia, aparecer como un "objeto" independiente del "sujeto" que conoce. Así, el *Derecho concreto* es más que nada el "producto" de un proceso en que va manifestándose y tomando cuerpo un significado. Es imposible, por tanto, que se dé un "Derecho justo" completamente al margen del proceso intelectual indagatorio.

Pongamos un ejemplo sencillo para ver cómo el encaje o "subsunción" de un caso en una norma únicamente se produce en tanto en cuanto se construye una correspondencia de sentidos. La sentencia del BGHSt 1, 1 (Sala de lo Penal del Tribunal Supremo) decidió sobre el delito de un hombre que, luego de arrojar a la cajera ácido clorhídrico en el rostro, se apoderó del dinero de la caja. Si queremos dilucidar la decisiva cuestión de si el ácido empleado era un "arma", es necesario proceder utilizando como supuesto la idea de un posible acto grave de robo. Pero si suponemos previamente que lo que hubo fue, digamos, un intento

9. ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2ª edic., 1972, esp. pp. 124 y ss. Últimamente, sobre esto, GIZBERT-STUDNICKI, C., *Der Vorverständnisbegriff in der juristischen Hermeneutik*, en *ARSP*, 1973, vol. 73 (1987), pp. 476 y ss.

10. Sobre el "círculo hermenéutico", v. en particular ARTHUR KAUFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 1984, pp. 65 y ss.

11. Sobre esto, WITTMANN, R., *Der existential-ontologische Begriff des Verstehens und das Problem der Hermeneutik*, en el vol. (a cargo de W. Hassemer) *Dimensionen der Hermeneutik* (homenaje a A. Kaufmann en su 60º aniversario), 1984, pp. 41 y ss., y 48.

de homicidio, resulta por completo irrelevante si el ácido clorhídrico era un "arma". Como vemos, sin una razonable "noción previa" es imposible alcanzar el meollo de los problemas.

Advertimos bien aquí el "círculo" del proceso cognitivo. Únicamente si conozco lo que es un acto grave de robo, podré entender el hecho concreto como un caso de tal; pero tan sólo analizando exactamente dicho caso concreto lograré conocer lo que es un acto grave de robo. Hacemos de la norma legal un "tipo", por interpretación, ateniéndonos al caso; pero hacemos del caso un "supuesto de hecho", mediante "construcción", fijándonos en la norma. Caso y norma, sin acción sobreañadida de nuestra parte, no pueden encajar entre sí, por cuanto pertenecen a planos categoriales diferentes. La segunda forma parte del deber ser abstracto-general, mientras el caso, con su multiplicidad inagotable de posibles circunstancias, pertenece al campo amorfo e indiviso del ser. Sólo es posible ensamblar uno con otra después de que la norma con *empiría*, y el caso con normatividad, hayan sido enriquecidos de tal modo que "correspondan" o "se ajusten" entre sí. Dicho de otra manera: es necesario que sean confrontados mediante esa operación activo-formativa de que habla la llamada "teoría de la equiparación". Sólo es posible subsumir "supuestos de hecho" bajo "tipos", no casos bajo normas.

Otro tanto decía exactamente Armin Kaufmann. La cláusula jurídica en la que se ha de hacer la subsunción —escribía— "no existe aún en el Derecho positivo, bien sea por ausencia completa como en el caso de lagunas, o porque sólo hay de ella una materia bruta más o menos dispuesta, que necesitará, para aplicarse, ser tratada por medio de la interpretación. Pero cualquier actividad interpretativa que no quede limitada a declarar la existencia de la disposición y su tenor literal, o el contenido de una costumbre; cualquier interpretación en el sentido más genuino del término, siempre es algo más que mera aplicación del Derecho: es *descubrir* el Derecho. Justamente por ello la aplicación del Derecho, en el sentido amplio de la expresión, es una parte de la Ciencia jurídica:

esa parte que consiste en el esfuerzo por conocer lo que es Derecho justo"¹².

Quiere esto decir que el Derecho concreto, el realmente existente, el Derecho histórico, únicamente *nace* cuando la indicada "materia prima" —que no es sólo la norma legal abstracta, sino también el caso bruto— es "elaborada" mediante la interpretación que hace de la norma un tipo, y la construcción que hace del caso un hecho tipificado. Hasta entonces, no hay "Derecho". El Derecho nace siempre *en un procedimiento*, lo cual no significa, como pretende Luhmann, que sólo pueda hacerlo *mediante un procedimiento*.

Pero, si bien es cierto que el Derecho adquiere vida por vía de intelección interpretativa en un proceso destinado a producir una correspondencia de sentido entre caso y norma, ello no basta para garantizar que sea "justo" el resultado de dicho proceder. En orden a esto, resulta incompetente la hermenéutica jurídica, cuya misión consiste en señalar las condiciones trascendentales que permitan aprehender un sentido. Es necesario que se añadan otras elucubraciones destinadas a encontrar la forma por la cual el "qué" del Derecho justo se corresponda con el "cómo" de conocerlo.

IV. CÓMO DETERMINAR LO QUE ES DERECHO JUSTO

Armin Kaufmann subraya a cada paso nuestra incapacidad para decir con certeza suficiente el *contenido concreto de lo que sea Derecho*. Con razón se muestra escéptico frente a la invocación de la "experiencia metafísica", el "sentir valorativo", el "sentimiento jurídico" o la "vivencia primordial del deber ser"¹³. Bajo el efecto de la "Lógica trascendental" de Kant¹⁴, muchos filósofos del Derecho han renunciado a ocuparse de los dictados jurídicos que,

12. Cfr. *Probleme* (*supra*, n. 1), p. 10.

13. *Ibid.*, p. 15.

14. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, A 50 y s.; B 74 y s.

por venir de la experiencia, sólo adquieren validez a posteriori; por lo cual han proyectado su atención únicamente sobre las formas y estructuras apriorísticas del Derecho. En mi opinión, está en lo cierto Armin Kaufmann cuando se opone a ellos diciendo que "la fuerza obligatoria de cualquier prescripción con que los hombres se encuentran dimana únicamente del fondo material, de la justeza o valiosidad de lo que se prescribe"¹⁵. Sin embargo, ninguna indicación nos ofrece al mismo tiempo sobre las vías racionales para un conocimiento científico de dicho contenido material.

Hace tiempo que diversos filósofos, y entre ellos los del Derecho, vienen preguntándose si no sería posible *inferir de la forma contenidos jurídicos aún más consistentes* que los a posteriori extraídos de la experiencia. No es nueva ciertamente la idea de que la "pura forma" puede dar nacimiento a juicios materiales que se sustraigan al engaño de los sentidos. Günter Ellscheid ha puesto de relieve que, en el fondo, el imperativo categórico kantiano es una modalidad de las "teorías procedimentales de la justicia": porque dicho imperativo no es otra cosa que un intento de alcanzar dictámenes morales materiales por la vía de un proceso intelectual. Lo primordial para Kant no es un principio ético material, sino una forma de proceder¹⁶. Como ha explicado Hans Welzel con acierto, la ética de Kant presupone en todo instante un orden moral objetivo de las cosas. Kant —añade— "desconoce la importancia sustantiva del problema ético material (el "qué" del actuar ético) frente a la cuestión de lo moral subjetivo (el "cómo" de ese obrar). En lugar de ello, cree poder deducir el "qué" del "cómo"; y el medio en tal sentido es el imperativo categórico"¹⁷. Welzel aprecia aquí un círculo vicioso. Pero ¿lo es realmente, y puede ser evitado?

15. *Ibid.*, p. 14.

16. ELLSCHEID, G., capít. 3 de la obra *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, a cargo de Kaufmann y Hassemer, 5ª edic., 1988.

17. WELZEL, H., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª edic., 1962, p. 169. Sobre este punto, más ampliamente Arthur KAUFMANN, ob. cit. en n. 16, cap. 2, 2.3.3.2.

Si fijamos nuestra atención en las actuales "teorías procedimentales de la justicia", vemos cómo las dos más discutidas son éstas: el "modelo del contrato" y el "modelo del discurso", a que van asociados respectivamente los nombres de John Rawls y Jürgen Habermas. Es muestra de estrechez hablar sólo de ellos: porque existen otros modelos y otros nombres con bien ganados méritos respecto a la cuestión. Pero debemos limitarnos a los mismos por motivos de espacio.

En cierto modo, el *modelo de contrato* constituye una reviviscencia de la tesis del "contrato social", que es un legado de, entre otros, Rousseau y Hobbes¹⁸. Enunciada con brevedad, la tesis fundamental de John Rawls es la siguiente¹⁹: que la forma de obtener normas morales universales consiste en que el agente del juicio adopte una posición imaginaria (*original position*) que, excluyendo toda forma de violencia, garantice para todos una igual libertad y —aquí está la artimaña— haga que cada uno desconozca (con un "velo de ignorancia") la postura que adoptaría ante cualquier ordenación futura. Piensa Rawls que, desde dicha imaginaria posición original, los contratantes se pondrían de acuerdo en lo siguiente: 1) sentar como principio la igualdad en los derechos, libertades fundamentales y oportunidades para todos; y 2) establecer la prioridad de la libertad y la justicia frente a la capacidad de rendimiento y el nivel de vida.

Esto parece a primera vista muy plausible; pero surge la pregunta de cómo podrán llegar a esas reglas nuestros ficticios contratantes. Si Rawls entiende que pueden, es porque él mismo

18. Existe sobre esto copiosa bibliografía. Entre las últimas producciones, citemos las siguientes: KERN, L. y MÜLLER, H. P. (eds.), *Gerechtigkeit, Diskurs oder Markt? Die neuen Ansätze in der Vertragstheorie*, 1986; HÖFFE, O., *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, 1987, pp. 441 y ss.; BENDER, W., *Ethische Urteilsbildung*, 1988, pp. 92 y s.

19. RAWLS, John, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1975; EL MISMO, *Gerechtigkeit als Fairness*, 1977. Diversos comentarios, en el vol. (a cargo de O. HÖFFE), *Über John Rawls Theorie der Gerechtigkeit*, 1977.

da por supuestas un conjunto de ideas materiales de justicia, que son, naturalmente, las de su propia sociedad: la sociedad americana del siglo XX. Lo que se acuerda en esa posición original de que nos habla Rawls está perfectamente en concordancia con nuestras concepciones morales y jurídicas actuales; pero si éstas cesasen, con ellas caería la plausibilidad de los razonamientos del autor. Es imposible llegar a contenidos materiales partiendo únicamente de la forma o procedimiento, o por lo menos contando únicamente con éste. Es evidente el carácter circular de la demostración, sea dicho esto sin ánimo de reproche, sino a título informativo.

Habermas ha objetado a Rawls que las cuestiones a resolver en las deliberaciones morales no se pueden superar por un procedimiento monologal, sino que exigen esfuerzos de carácter cooperativo. El raciocinio moral ha de servir para restablecer un consenso que se ha roto, de modo que los conflictos en el ámbito de las interacciones condicionadas por normas conduzcan a rehacer el estado de entendimiento normativo que fuera trastornado²⁰. En tal sentido, Habermas opone su *modelo de discurso* al de contrato, consiguiendo con ello por lo menos la misma resonancia que John Rawls en el terreno de la Filosofía del Derecho²¹.

Lo que Habermas pretende es extraer contenidos materialmente correctos de un *proceso de comunicación racional*, que se compone de dos cosas: *discurso teórico* respecto a la veracidad de los datos empíricos, y *discurso práctico* sobre la rectitud de las proposiciones normativas²². De inmediato, se presenta este problema: si es posible la fundamentación de normas rectas al igual que la de

20. HABERMAS, J., *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, 1983, pp. 76 y s.

21. Ver, entre otros, ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, esp. pp. 134 y ss.; NEUMANN, U., *Juristische Argumentationslehre*, 1986, esp. pp. 107 y ss.; HASSEMER, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, pp. 117 y ss.; LÜDERSSEN, K., *Juristische Topik und konsensorientierte Rechtsgeltung*, en el *Festschrift* dedicado a Helmut Coing, vol. I, 1982; BENDER, W., *Ethische Urteilsbildung*, ob. cit., pp. 75 y ss.

22. HABERMAS, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1984, pp. 187 y ss., y 179.

hechos verdaderos; o dicho de otro modo: si existe un *evidencia estimativa* comparable a la *evidencia perceptiva*. Otro problema se refiere a la cuestión de si los razonamientos jurídicos se ajustan, por su propia naturaleza, al modelo del discurso racional. Hay quien lo afirma: p. ej., Robert Alexy con su "teoría del caso especial"²³, en tanto que otros, como Ulfrid Neumann, lo niegan²⁴. Sobre esto segundo, digamos simplemente que es posible la existencia de discursos jurídicos racionales, pero que ello no sucede en los procesos jurisdiccionales debido al carácter autoritativo de que están revestidos. Y en cuanto a la primera cuestión, tenemos que decir que, por la vía del discurso práctico, no se pueden obtener conocimientos exactos e inequívocos; pero también que sí es posible, por medio de ellos, alcanzar un tal grado de plausibilidad, buen tino, intersubjetividad e idoneidad para un consenso, que podamos permitirnos hablar de conocimiento racional. Esto era justamente lo que Armin Kaufmann vislumbraba; pero queda pendiente la gran cuestión: de qué manera podremos conseguir la mencionada plausibilidad, accertamiento e idoneidad para el consenso.

Habermas es consciente de que sólo un consenso *bien fundado* puede ser el criterio de la veracidad o la rectitud. Bien; pero ¿cómo se justifica ese consenso? La respuesta de Habermas es harto llamativa: los mejores argumentos han de adquirir su fuerza de las condiciones *formales* del discurso, nunca de algo que, como la coherencia lógica de las proposiciones, sirva de sustentáculo al proceso de argumentación, ni de algo que, como la evidencia de los hechos empíricos, penetre en ese mismo proceso como viniendo desde fuera. Y preguntemos ahora: ¿cuáles son las condiciones formales que permitan al discurso ser criterio de

23. ALEXY, ob. cit. en nota 21, pp. 263 y ss.

24. NEUMANN, ob. cit. en nota 21, p. 85. Por nuestra parte, tomamos postura en *Lässt sich die Hauptverhandlung als rationaler Diskurs auffassen?*, en el vol. (a cargo de H. Jung y H. Müller-Dietz) *Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens*, 1989, pp. 15 y ss.

veracidad o rectitud? Habermas, siguiendo a Stephen Toulmin²⁵, las encuentra en lo que llama "situación discursiva ideal": igualdad de oportunidades para todos los interlocutores, libertad para expresarse, evitación de todo privilegio, veracidad e inexistencia de coacción²⁶.

Sin duda alguna, de ahí pueden venir las condiciones para un discurso racional e ideal; pero ¿cómo podrá éste generar la verdad o rectitud de *tal cosa* —hecho empírico o norma de Derecho— si no hay *algo* que le sirva de fundamento? ¿No estaremos de nuevo ante esa misteriosa producción de la materia partiendo de la forma que veíamos en Kant, y ante ese "círculo del Derecho natural" que descubrimos en cualquier fundamentación de contenidos de justicia? Ni siquiera el modelo de Habermas se libra. Regirse por la idea del "mejor argumento" puede siempre conducir a soluciones; pero, si, haciendo caso a Habermas, se excluye toda regla de prioridad, lo que resulte será siempre indefinido, y con ello su "principio del mejor argumento" no pasará de ser un "principio vacío"²⁷.

La verdad es que, miradas escrupulosamente, las teorías del consenso y del discurso nos demuestran que los *contenidos materiales* proceden siempre, sobre todo, de la *experiencia*. Quienes crean haberlos deducido únicamente de la forma o procedimiento están sufriendo un autoengaño. Y si es verdad que dichos contenidos dimanen de la experiencia, por lo menos en parte, no es posible otorgarles un valor absoluto. Ello viene a significar que el principio del consenso es incapaz de asegurar un "último fundamento" de verdad²⁸, y puede únicamente ofrecer plausibilidad,

25. TOULMIN, St., *Der Gebrauch von Argumenten*, 1978.

26. HABERMAS, *Vorstudien*, ob. cit. en n. 22, pp. 160, 174 y ss. Ideas semejantes, en Ch. PERELMAN, *Über die Gerechtigkeit*, 1967, pp. 149 y ss., donde habla de "auditorio universal".

27. Cfr. KERN, L., *Von Habermas zu Rawls. Praktischer Diskurs und Vertragsmodell im entscheidungslogischen Vergleich*, en el vol. de Kern y Müller cit. en n. 18, pp. 93 y ss.

28. En este sentido, HABERMAS, *Vorstudien*, p. 179

verosimilitud y, en consecuencia, opción con riesgo. No hemos de reprochar a las teorías procedimentales que adolezcan en sus argumentaciones de circularidades y de asertos no probados, sino que unas y otros permanezcan encubiertos. Quienquiera que afirma algo sobre el fondo en relación con la verdad o la justicia necesita por fuerza cimentarlo sobre tesis no probadas, y por tanto proceder de una manera circular, como lo hace la misma lógica al manejar definiciones implícitas. Con esto no queremos reprobar las fundamentaciones de juicios materiales en sí mismas, sino la pretensión de que posean un valor absoluto.

V. EN LUGAR DE CONSENSO, CONVERGENCIA

A la luz de lo anterior, ¿de qué nos sirven, si es que de algo nos sirven, las teorías procedimentales de la justicia? Respondamos ante todo, que tales teorías no son absurdas y sí muy provechosas: porque tienen, en cuanto tales, un *valor heurístico*. Podríamos compararlo con el de la condición *sine qua non*, tan familiar a los juristas. Si con ésta no se puede en caso alguno dar por cierta o excluir determinada relación de causalidad desconocida, su manejo es de notable utilidad para juzgar sobre el acierto de tal o cual afirmación o negación de causalidad basada en la experiencia. De modo parecido, las teorías en cuestión ayudan a controlar la adecuación o plausibilidad de los razonamientos. Hay en ellas, de entrada, un aspecto de valía positiva, que podemos expresar considerando lo siguiente: que si el procedimiento es incapaz, por sí solo, de alumbrar la verdad o rectitud en el terreno de lo normativo —sea cual sea su eficacia en otros campos que no nos interesan—, esa elucidación se ha de hacer siempre *en un procedimiento*. En el ámbito normativo, los conocimientos son siempre, en una cierta medida, producto del sujeto cognoscente; pero, justo por serlo sólo en parte, el discurso indagatorio de la verdad no se confunde con el arte del Barón de Münchhausen, que

salió por sí mismo del pantano tirándose de la cabellera. A semejanza de otros, el discurso normativo necesita contar con un "objeto". Aquí también acierta Armin Kaufmann al afirmar que la bondad de una norma es inferible de su contenido²⁹. La endeblez sorprendente de las teorías puramente procedimentales consiste en la creencia de que pueden prescindir de contenidos materiales y de apoyo en la experiencia.

En conclusión, tales teorías de la justicia no son falsas, pero sí insuficientes. Voy a continuación a proponer concisamente la forma en que, a mi juicio, se las puede completar. En tal sentido, partiré del principio kantiano de racionalidad, según el cual "la razón se debe someter a crítica en todos sus esfuerzos"³⁰. Tres pilares del discurso se deducen de dicho postulado de racionalidad: son los principios argumentativo, consensual o de convergencia y de falibilidad³¹.

Según el primero, el discurso racional exige una comunidad racionante en la que se permitan todos los argumentos en orden a lograr una intersubjetividad por medio de consenso. Según Peirce y contra Kant, el conocer y el reconocer se corresponderán con reciprocidad.

Pero hace falta que el principio argumentativo se vea completado por el de consenso o convergencia y el de falibilidad. Conforme a ellos, se entiende que no hay consenso que sea definitivo: porque todo argumento, afirmación o conclusión es por esencia falible, y por ello corregible, con excepción del principio mismo de consenso. Es decir, se da por infalible la idea de que ningún consenso es definitivo: porque entender lo contrario, admitiendo la posibilidad de que se dé algún consenso definitivo,

29. Ob. cit. *supra*, nota 1, p. 14.

30. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, B 766 y s. No es muy distinto de ello lo que hoy se denomina, siguiendo a Karl POPPER, "idea de examen crítico".

31. Trato de esto con la debida extensión y apoyatura documental en *Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Ansätze zu einer Konvergenztheorie der Wahrheit*, en ARSP, 72 (1986), pp. 425 y ss., 437 y ss.

estaría en contradicción con el propio principio de consenso. Según lo ya apuntado, declarar falsedades es una operación de máxima importancia en la Ciencia; pero ésta nunca habrá de limitarse a tal cosa. Corresponde a la Ciencia práctica, ante todo, la misión de procurar fundamentaciones positivas; y para ello, disintiendo de Karl Popper, considero que es indispensable la inducción, y por tanto el apoyo en la experiencia.

Según también he dicho, la debilidad de las teorías puramente procedimentales, y en particular la del consenso, reside en la suposición de que pueden prescindir de la experiencia y de elementos de fondo. Esto se explica por la idea de verdad que toman como base: porque entienden que la verdad atañe únicamente a los *juicios que se expresan respecto a la realidad*, y no a la *realidad considerada en sí misma*. Entrañan, pues, una teoría consensual de la verdad, y no una teoría de la correspondencia con la verdad³². Esta visión parcial no puede ser correcta: porque el hallazgo de verdades se ve aquí convertido en un fin por sí mismo, y precipita en la forzosa consecuencia de *tener que admitir como legítimo lo malo en que se convenga*.

Haber llegado a un consenso, y aun el hecho de que aparezcan juicios aptos para llevar a él, son indicios importantes de que hay algo verdadero: "verdadero Derecho" en nuestro caso; pero de ahí nunca se puede esperar una última fundamentación. La única posible, si se puede hablar de "última", es ésa meramente formal que nos promete la teoría del consenso.

El verdadero criterio sobre la verdad o rectitud de un juicio no es que exista un consenso, sino la circunstancia de que *una pluralidad de sujetos independientes entre sí hayan llegado, respecto al mismo objeto, a resultados convergentes en cuanto al fondo*. Tal "teoría de la convergencia respecto a la verdad"³³

32. HABERMAS, *Vorstudien*, ob. cit. en nota 22., pp. 149 y ss.

33. Mi primer esbozo de ella, en *Gedanken zu Überwindung des Rechts-philosophischen Relativismus*, en *ARSP*, 46 (1960), pp. 553 y ss.

descansa sobre esta tesis: que el componente subjetivo de todo conocimiento proviene de otra fuente, en tanto que el componente objetivo viene siempre *del ser mismo de las cosas*. Mientras los componentes subjetivos, en cuanto confrontados entre sí, se debilitan o se apoyan mutuamente, los objetivos apuntan todos ellos hacia lo entitativo en que se unen, y de esta forma se demuestran bien fundados.

Ahora bien, con lo anterior no se retorna pura y simplemente a la teoría de la correspondencia y al pensar ontológico-substancial. Nos atenemos aún a la postura procedimental según la cual nuestros saberes sobre lo normativo son *productos del propio conocer*, bien entendido, desde luego, que son tales *en parte, nunca exclusivamente*, pues pensar de otro modo supondría que a la postre el proceso indagatorio de la verdad se invalidase por sí mismo. Incluso el discurso práctico normativo necesita contar con ese "objeto" de que el modelo de Habermas pretende haber podido prescindir.

Importa mucho subrayar, de todos modos, que en los discursos normativos *no hay objetos substanciales*. Pero sería falso extraer de aquí la consecuencia de que en tales discursos nada existe, sea siquiera en medida fragmentaria, de algo que se encuentre fuera de ellos. Como sabe cualquier jurista, para que haya un procedimiento judicial es necesario que exista un objeto procesal que lo identifique; y también sabe otra cosa: que ese objeto, en cuanto objeto procesal, no está dispuesto por completo de antemano, sino que simplemente es algo que preexiste a él como *hecho histórico con carácter de relación jurídica*. Los "objetos" de las ciencias normativas —Ética, Teoría de las normas o ciencia del Derecho— no consisten en substancias, sino en relaciones. El gran paso de Peirce, al separarse de la lógica aristotélica y la kantiana, que sólo reconocen predicados sobre atributos, y llegar a una lógica de

relaciones, está esperando que la Filosofía y la Teoría del Derecho se decidan a extraerle consecuencias³⁴.

Y ya nos encontramos ante la gran cuestión: ¿en qué consiste el "tema" u "objeto" del discurso en torno a la justicia? De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, dicho "objeto" —que nunca ha de entenderse como substancia— no se encuentra, ni totalmente fuera del proceso intelectual indagatorio sobre el Derecho, ni totalmente dentro: porque, en caso contrario, caeríamos de nuevo en una ontología de substancias o en el funcionalismo. Necesitamos un fenómeno que sea por igual *entitativo y procesual*. Y henos aquí con que eso que buscamos únicamente puede ser el hombre; pero el hombre, no como realidad empírica, sino en su condición de persona, es decir, como complejo de relaciones del hombre con sus iguales y con las cosas³⁵. Ese carácter relacional existe en toda forma de ordenación. Lo que permite identificar al discurso jurídico en su especificidad son esas relaciones entre los hombres como personas: porque, en el fondo, la razón que justifica la existencia del Derecho sólo puede consistir en que, por medio de él, se garantice a todo hombre aquello que es propio de él como persona: *ius suum**. Ya lo dijo bien Hegel: "Sé persona, y respeta a los demás como personas"³⁶.

Pero puntualicemos: persona no es substancia; persona significa relación, o, más exactamente, unidad estructural entre *relatio* y

34. Más ampliamente, en KAUFMANN, A., *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegung einer personalen Rechtstheorie*, en *Rechtstheorie*, 17 (1986), pp. 257 y ss., 260 y ss.

35. Debemos importantes ideas previas sobre esto a W. MAIHOFER, *Rechts und Sein. Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, 1954, y L. PHILIPS, *Zur Ontologie der sozialen Rolle*, 1963.

* N. del T.: Aunque el autor escribe "*suum iustum*", estimamos que se refiere a la locución que forma parte de la famosa definición de Ulpiano sobre la justicia: "... *ius suum cuique tribuendi*".

36. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, § 36.

*relata*³⁷. Vista así, la persona es, en el discurso normativo, "cómo" y al mismo tiempo "qué"; "sujeto", de una parte, y juntamente "objeto". Como tal, está situada al mismo tiempo dentro y fuera del proceso discursivo; aparece como dato y a la vez como un acaecer. Aunque no sea estática ni intemporal, es refractaria, en su realidad histórico-dinámica, a que se actúe sobre ella según cualquier antojo. Y de esto se desprende igualmente que el círculo "hermenéutico" de toda actividad de comprensión está fundado en la personalidad del hombre, y que es por ello irremovible.

Trabajar *in concreto* con esta teoría procedimental de la justicia fundada en la persona es cometido que incumbe, no sólo a la Filosofía del Derecho, sino a todos cuantos han de ocuparse del Derecho. Semejante tarea necesita de discurso, pero no únicamente bajo la forma de un modelo ficticio o "situación ideal para el discurso", sino principalmente contando con las comunidades de raciocinio que se han dado realmente en el curso de la Historia, y a través de las cuales se ha efectuado un intercambio de auténticas experiencias y convicciones. Ese *discurso real* ha de apoyarse en lo empírico³⁸, para llegar a resultados que nunca habrán de ser lógicamente perentorios, sino sólo conclusiones con un grado mayor o menor de plausibilidad o intersubjetividad. En este empeño, según lo que apuntaba ya Armin Kaufmann³⁹, podrá bien suceder, y ciertamente en bastantes ocasiones, que dos juicios o más se manifiesten con la misma medida de plausibilidad y, en tal sentido, como "justos". Esta eventualidad no debe desalentarnos. ¿No es acaso frecuente entre los juristas encontrarse ante varias soluciones igualmente defendibles para muchos problemas de Derecho? Ha de bastarnos la certeza gnoseológica de saber que, en el terreno de las Ciencias del espíritu, y entre ellas sobre todo las normativas, existe la posibilidad de que, sobre un mismo pro-

37. Más detalles en A. KAUFMANN, *Vorüberlegungen*, ob. cit. en nota 34, *passim*.

38. Ver LÜDERSEN, K., *Erfahrung als Rechtsquelle*, 1972.

39. *Probleme*, ob. cit. en nota 1, p. 16.

blema, lleguemos a diversas conclusiones que, aunque no contradictorias, sean dispares pero igualmente verdaderas o correctas⁴⁰. Nosotros los juristas jamás descubriremos ese único Derecho que es el justo.

Y la presente contribución al homenaje dedicado a Armin Kaufmann va a cerrarse formulando la misma conclusión que él diera como resumen al final de sus consideraciones sobre el conocimiento jurídico: "Hablemos *de Derecho*, sin la seguridad definitiva de hacerlo sobre *lo que es Derecho*"⁴¹.

40. Valiosas ilustraciones sobre esto se hallarán en Walter GRASNICK, *Über Schuld, Strafe und Sprache*, 1987.

41. A. KAUFMANN, *Problem*, ob cit. en nota 1, p. 19.